

Van stok achter de deur tot keurslijf?

Een eerste verkenning van het wetsvoorstel tot invoering van een collectieve schadevergoedingsactie

Eddy Bauw & Stefaan Voet¹

Na jarenlange inleidende schermutselingen komt de invoering van een class action nu echt dichterbij. Het instrument is bedoeld als stok achter de deur om de collectieve afwikkeling van massaschade effectiever te maken. Het wetsvoorstel dat hiertoe strekt probeert tegelijkertijd de mogelijke negatieve effecten tegen te gaan door strikte voorwaarden aan het gebruik ervan te verbinden. In deze bijdrage wordt een eerste indruk van het wetsvoorstel gegeven. Daarbij staat de vraag voorop of die voorwaarden niet onnodig ten koste gaan van de effectiviteit van de civiele collectieve actie zoals die al jaren met veel succes in praktijk wordt gebracht. Verwordt de stok achter de deur zo niet tot een keurslijf dat juist aan het opkomen voor rechten en belangen in de weg zal staan?

1. Inleiding

Op 16 november 2016 diende minister van der Steur zijn langverwachte wetsvoorstel in tot invoering van een collectieve schadevergoedingsactie.² Het voorstel kent een lange voorgeschiedenis die teruggaat op de motie Dijkma,³ waarvan de opzet er onder meer in bestond om het collectieve actieregime van artikel 3:305a BW uit te breiden naar een collectieve schadevergoedingsactie.⁴ Met andere woorden, een echte *damages class action*. Dit zou dan dienen als 'stok achter de deur' om tot een collectieve schikking te komen waarvoor vervolgens het WCAM (Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade)-traject kan worden bewandeld.⁵ Een eerdere poging om uitvoering aan de motie te geven strandde eind 2015 nadat op een in juli 2013 verschenen voorontwerp vernietigend commentaar was geleverd, zowel in de internetconsultatie als in de literatuur.⁶

De hoofdlijnen van het voorstel zijn de volgende.⁷ Vooreerst komt er in artikel 3:305a BW een uniform regime voor collectieve acties en (de nieuwe) collectieve schadevergoedingsacties. De generieke term wordt 'collectieve vordering'. Vervolgens worden de ontvankelijkheidseisen voor belangenorganisaties, die in dergelijke acties kunnen optreden, flink aangescherpt. Wanneer zich meerdere belangenorganisaties aanmelden, wijst de rechter uit hun midden de meest geschikte aan als Exclusieve Belangenbehartiger en dit voor alle gedupeerden. Na aanwijzing

van de Exclusieve Belangenbehartiger kunnen gedupeerden uit de procedure stappen (*opt out*). De uitspraak is bindend voor alle gedupeerden die niet hebben gekozen voor een *opt out*. Tot slot moet de collectieve (schadevergoedings)actie, die als vorderingsprocedure moet worden aangebracht bij de Rechtbank Amsterdam, een voldoende nauwe band hebben met de Nederlandse rechtssfeer.⁸

Het voorstel verhit alvast de gemoederen, niet in het minst in het bedrijfsleven.⁹ Het is nog maar de vraag of de tekst door het parlement zal kunnen worden geloodst vóór de Tweede Kamerverkiezingen van maart 2017. Het is niet de bedoeling van deze bijdrage om een uitvoerige (juridisch-technische) analyse te maken van het voorstel. Wij formuleren enkel een aantal kritische bedenkingen die het parlementaire debat kunnen voeden: aandacht voor de alternatieven naast een collectieve schadevergoedingsactie (par. 2), de *governance* van claimorganisaties en het aanscherpen van de ontvankelijkheidseisen (par. 3), de rol van de Exclusieve Belangenbehartiger (par. 4) en de *opt out* fase ná aanwijzing van de Exclusieve Belangenbehartiger (par. 5). Wij ronden af met enkele conclusies (par. 6).

2. De (alternatieve) 'stok(ken) achter de deur'

Het creëren van een collectieve schadevergoedingsactie is balanceren op een dun koord. Enerzijds draagt een dergelijk instrument bij tot de effectieve en efficiënte

handhaving van de rechten van benadeelden van massaschade, en garandeert het hun (in dit geval collectief) recht op toegang tot het (ge)recht. Anderzijds moeten voldoende waarborgen worden ingebouwd om lichtzinnige acties, waar ondernemingen het slachtoffer van kunnen zijn, te vermijden en fatsoenlijke vertegenwoordiging van de belangen van benadeelden te bevorderen. Het wetsvoorstel refereert meermaals aan die moeilijke evenwichtsoefening.¹⁰

Het voorstel verhit alvast de gemoederen, niet in het minst in het bedrijfsleven

Zoals reeds aangestipt, wil het voorstel met de invoering van een collectieve schadevergoedingsactie in de spreekwoordelijke 'stok achter de deur' voorzien om te komen tot een collectieve schikking.¹¹ Op die manier wil men de toegang tot de rechter en de collectieve handhaving van de rechten van benadeelden van massaschade faciliteren en vooral optimaliseren. Het huidige kader, zijnde de WCAM regeling, schiet op dit vlak immers tekort. Zonder collectieve schikking kan het WCAM-pad niet worden bewandeld.

Het voorstel brengt enkele alternatieven voor een gerechtelijke afwikkeling in herinnering, meer bepaald

bemiddeling door een toezichthouder of geschilbeslechting door een onafhankelijke geschillencommissie.¹² Evenwel hebben zij, volgens het voorstel, 'als nadeel dat zij niet effectief kunnen functioneren zonder de vrijwillige medewerking van de betrokken partijen'. Het is ook 'weerberstiger om finaliteit te bereiken, omdat het slagen van de alternatieve geschilbeslechting afhankelijk is van de instemming van beide partijen'.

Dit is niet de plaats om een uitvoerige analyse te maken van de mogelijkheden, maar ook de nadelen, van ADR bij de afwikkeling van massaschade.¹³ Wel willen wij opmerken dat de wetgever de rol van alternatieve geschilbeslechting bij de afwikkeling van massaschade iets te snel en gemakkelijk terzijde schuift. Wat betreft consumentenschade staat Nederland, en in het bijzonder De Geschillencommissie,¹⁴ te boek als Europees schoolvoorbeeld inzake CDR (oftewel *consumer alternative dispute resolution*). Zij slaagt erin om identieke of gelijksoortige consumentenklachten op efficiënte, snelle en goedkope wijze te beslechten.¹⁵ In sommige gevallen van massaschade, in het bijzonder waar het gaat om geringe schades van consumenten, kan dit een prima middel zijn om in een substantieel aantal zaken tot snelle en voor consumenten bevredigende oplossingen te komen. De vaststelling dat dit gebeurt op vrijwillige basis doet hieraan geen afbreuk, temeer de meeste brancheorganisaties aangesloten zijn bij De Geschillencommissie en er een nakomingsgarantieregeling geldt indien een ondernemer de uitkomst niet vrijwillig uitvoert. Waar het om financiële producten of diensten gaat, speelt het Kifid¹⁶ een belangrijke rol bij de oplossing van massaschade, bijvoorbeeld bij de problematiek rond beleggingsverzekeringen.

Auteurs

1. Prof. mr. dr. E. Bauw is hoogleraar burgerlijk recht, in het bijzonder aansprakelijkheidsrecht en rechtspleging aan de Universiteit Utrecht en hoogleraar rechtspleging aan de Universiteit van Amsterdam. Hij is verder raadsheer-plaatsvervanger in het Gerechtshof Den Haag en het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden. Prof. dr. S. Voet is hoofddocent aan de KU Leuven en gastprofessor aan de UHasselt. Hij is de 2016-2017 TPR Wisselleerstoelhouder aan de Universiteit Utrecht. Hij is verder plaatsvervangend vrederechter in Brugge.

Noten

2. Kamerstukken II 2016/17, 34 608, 2.
3. Kamerstukken II 2011/12, 33000 XIII, 14. Een deel van de motie Dijkstra werd uitgevoerd door een wijziging aan de bestaande Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade (WCAM) (Stb. 2013, 255). Deze wijziging voerde onder meer een preprocesuele compartitie in.
4. Door de laatste zin van art. 3:305a lid 3 BW ('zij [een collectieve actie] kan niet strekken tot schadevergoeding te voldoen in geld') te schrappen.

5. MvT Wetsvoorstel Wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering teneinde de afwikkeling van massaschade in een collectieve actie mogelijk te maken, p. 4. (Kamerstukken II 2016/17, 34 608, 3, hierna MvT Wetsvoorstel).

6. Wij volstaan hier met verwijzing naar T. Bosters, R. Hermans, J.-W. de Jong, A. Knigge, J. Kortmann, F. Leijten, J. Ouweland, A. Raaijmakers, D. Lunsingh Scheurleer, J. de Bie Leuveling Tjeenk, B. van der Velden, R. Verburg, 'Voorontwerp afwikkeling massaschade in een collectieve actie', *NJB* 2015/1138, afl. 24, p. 1584 en J.M.L. van Duin, R.S.I. Lawant, 'Wetsvoorstel Afwikkeling massaschade in een collectieve actie: ontbrekende schakel of brug te ver?', *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* 2015, nr. 1, p. 7-15, p. 9-10.

7. *Ibid.*, p. 1-2.

8. De wetgever wil duidelijk verhinderen dat een soortgelijke rechtspraak zou ontstaan als onder de WCAM. In de *Shell*- en *Converium*-zaken heeft het Amsterdamse gerechtshof geoordeeld dat het internationale rechtsmacht had om een collectieve schikking waar slechts een minderheid aan

Nederlanders bij was betrokken, verbindend te verklaren (Gerechtshof Amsterdam 29 mei 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BI5744 (*Shell*), Gerechtshof Amsterdam 12 november 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO3908 (*Converium I*) en Gerechtshof Amsterdam 17 januari 2012,

ECLI:NL:GHAMS:2012:BV1026 (*Converium II*)). Zie onder meer X. Kramer, 'Securities Collective Action and Private International Law Issues in Dutch WCAM Settlements: Global Aspirations and Regional Boundaries', *Pac. McGeorge Global Bus. & Dev. L.J.* 2014/27, afl. 2, p. 235-279.

9. Zie onder meer 'Nieuwe wet opent weg naar wereldwijde class actions tegen Nederlandse bedrijven', *Het Financieele Dagblad* 28 november 2016.

10. MvT Wetsvoorstel, p. 1 en p. 13.

11. MvT Wetsvoorstel, p. 4 ('uitgangspunt voor mij is dat een collectieve schikking ter afwikkeling van een massaclaim in beginsel de voorkeur heeft boven een gerechtelijke procedure') en p. 11 waar uitdrukkelijk wordt gerefereerd aan de samenloop met de WCAM.

12. *Ibid.*, p. 4-5. Wat de buitengerechtelijke (of ADR-)afwikkeling van consumentenge-

schillen betreft zie E. Verhage, 'The Implementation of the Consumer ADR Directive in the Netherlands', in: P. Cortes (ed.), *The New Regulatory Framework for Consumer Dispute Resolution* 2016, p. 229-250.

13. Wij hebben dit elders gedaan: E. Bauw & T. van der Linden, "'Schone slaapsters". Pleidooi voor een actievere rol van toezichthouders bij collectief schadeverhaal', *NJB* 2016/1652, afl. 32, p. 2310-2314; en S. Voet, 'Public enforcement and A(O)DR as mechanisms for resolving mass problems: a Belgian perspective', in: C. Hodges & A. Stadler (eds.), *Resolving Mass Disputes. ADR and Settlement of Mass Claims* 2013, p. 270-292. Zie ook C. Hodges, 'Mass Collective Redress: Consumer ADR and Regulatory Techniques', *ERPL* 5/2015, p. 829-874.

14. www.degeschillencommissie.nl.

15. F. Weber & C. Hodges, 'The Netherlands', in: C. Hodges, I. Benöhr & N. Creutzfeldt-Banda, *Consumer ADR in Europe* 2012, p. 129-165.

16. Klachteninstituut financiële dienstverlening, zie www.kifid.nl.



Hierna wordt gewezen op het handhavingstekort dat zou kunnen ontstaan bij het te sterk aanscherpen van de ontvankelijkheidseisen voor belangenorganisaties, en dan vooral in het kader van de collectieve actie. In een eerdere

Het wetsvoorstel redeneert vanuit de 'of-of' gedachte, terwijl wij willen pleiten voor een 'en-en' benadering

bijdrage in dit tijdschrift brak een van de auteurs een lans voor een actievere rol door toezichthouders bij de afwikkeling van collectieve claims.¹⁷ Ofschoon de Autoriteit Consument en Markt (ACM) wettelijke mogelijkheden heeft

om op te treden in geval van consumenten massaschade,¹⁸ blijkt dat zij daar geen gebruik van maakt. Buitenlandse voorbeelden tonen nochtans aan dat *regulatory redress* (herstel of restitutie bereikt door de tussenkomst van een toezichthouder), onder welbepaalde omstandigheden en mits omgeven door voldoende waarborgen, de potentie heeft om op een efficiënte, snelle en goedkope manier massaschadegevallen integraal op te lossen.¹⁹

Wij pleiten er niet voor om de voorgestelde collectieve schadevergoedingsactie, als privaat rechtshandavingsmechanisme, te vervangen door CDR of publieke rechtshandavingsmechanismen. Wat zou moeten gebeuren is het exploreren en vooral optimaliseren van die alternatieven als (neven)oplossingen voor massaschade. Daarenboven is het essentieel om deze drie wegen met elkaar te verbinden opdat zij samen een geïntegreerd geschillenbeslechtingkader vormen. Zo kan een daadkrachtige collectieve schadevergoedingsactie een echte stok achter de deur zijn om ondernemingen te dwingen om via goedko-

pere en snellere ADR- en toezichthoudermechanismen slachtoffers van massaschade te vergoeden.²⁰ Het wetsvoorstel redeneert vanuit de 'of-of' gedachte, terwijl wij willen pleiten voor een 'en-en' benadering. Wij zijn ervan overtuigd dat een breed en geïntegreerd instrumentarium nodig is om massaschades effectief en voortvarend te kunnen aanpakken. Daarbij horen ook duidelijke regels met betrekking tot de – snel om zich heen grijpende praktijk van de – financiering van procedures door derden.

3. De governance van claimorganisaties

Een van de centrale punten van het wetsvoorstel is het aanscherpen van de ontvankelijkheidseisen voor belangenorganisaties.²¹ Hiermee wil men een al langer sluimerend probleem aanpakken, met name de gebrekkige *governance* van bepaalde claimorganisaties, zowel in het kader van collectieve acties onder artikel 3:305 a BW als onder de WCAM. De waarborgen van sommige van die claimstichtingen laten soms te wensen over, wat een risico inhoudt voor massaschade slachtoffers die op die stichtingen vertrouwen voor het afdwingen van hun geschonden rechten. In het verleden werden reeds initiatieven genomen om dit risico tegen te gaan. De in 2011 ingevoerde Claimcode, als zelfregulerend (en dus niet bindend) instrument, legt principes vast over de taken, verantwoordelijkheid en *governance* van claimstichtingen.²² Een van de auteurs van deze bijdrage kwam recent tot de conclusie dat de vrijwillige naleving van de Claimcode is verbeterd, maar enkel door 'vertrouwde' klassieke belangenorganisaties, zoals de Consumentenbond. Organisaties waarvan de bestuurders (directe of indirecte) commerciële motieven of belangen hebben bij het behartigen van de belangen van massaschadeslachtoffers, volgen de Claimcode niet.²³ De rechtspraak is tot op heden overwegend terughoudend geweest in de toetsing van belangenorganisaties aan de eisen van de Claimcode.²⁴

Het wetsvoorstel wil enerzijds bepaalde onderdelen van de Claimcode in de wet verankeren.²⁵ Anderzijds wil het de ontvankelijkheidseisen van belangenorganisaties nog wat verder aanscherpen. Op grond van het voorgestelde artikel 3:305a lid 2 BW moeten belangenorganisaties beschikken over: a. een toezichthoudend orgaan, b. mechanismen voor de deelname aan of vertegenwoordiging bij de besluitvorming van de benadeelde personen, c. voldoende middelen om de procedurekosten te dragen, d.

een algemeen toegankelijke internetpagina (die relevante informatie bevat zoals het bestuursverslag, de statuten en de bestuursstructuur van de belangenorganisatie) en e. over voldoende ervaring en deskundigheid beschikken. Het derde lid van hetzelfde artikel vervolgt dat de belangenorganisatie slechts ontvankelijk is indien de bestuurders betrokken bij de oprichting van de rechtspersoon, en hun opvolgers, geen rechtstreeks of middellijk winstoogmerk hebben dat via de organisatie wordt gerealiseerd. Het vijfde lid stipuleert dat de belangenorganisatie een bestuursverslag en jaarrekening moet opstellen.

De rechtspraak is tot op heden overwegend terughoudend geweest in de toetsing van belangenorganisaties aan de eisen van de Claimcode

Wij plaatsen hierbij twee kanttekeningen. Aan de ene kant moet worden opgemerkt dat de aangescherpte ontvankelijkheidsvoorwaarden zowel gelden voor de (bestaande) collectieve actie als de (nieuwe) collectieve schadevergoedingsactie. Voor die laatste is dit gelet op het voorgaande aannemelijk. Het voorwerp van een dergelijke actie betreft een schadevergoeding. Het feit dat die op collectieve en bindende wijze wordt afgedwongen voor een groep schadelijders, die geen procespartij zijn, vereist dat die schadelijders ten volle moeten kunnen vertrouwen op de vertegenwoordigende belangenorganisatie. Bijgevolg mag de lat voor die laatste hoog liggen, teneinde (pecuniare) misbruiken te vermijden.

Diezelfde voorwaarden gelden echter ook voor collectieve acties die geen schadevergoeding tot voorwerp hebben. Dat er in het verleden problemen zijn geweest met bepaalde claimstichtingen onder het regime van artikel 3:305a BW kan niet worden ontkend. Evenwel blijkt uit het empirisch onderzoek van Tillema, waaraan in de

17. E. Bauw & T. van der Linden, "'Schone slaapsters". Pleidooi voor een actievere rol van toezichthouders bij collectief schadeverhaal', *NJB* 2016/1652, afl. 32, p. 2310-2314.

18. Zie art. 3:305b BW en art. 2.6 Wet handhaving consumentenbescherming.

19. Zie onder meer in het Verenigd Koninkrijk (Part 3 van de Regulatory Enforcement and Sanctions Act van 2008), Italië (Decreet 385/1993 op grond waarvan de Banca d'Italia, de financiële toezichthouder, zogenaamde 'orders to redress' kan uitvaardigen) en Denemarken (waar de Consumentenombudsman, die een toezichthouder is,

zijn mogelijkheid om als enige een *opt out* class action in te stellen gebruikt om collectieve schikkingen te realiseren). Ook in het Europese mededingingsrecht zijn voorbeelden van *regulatory redress* terug te vinden (onder meer in de zaak *Europese Commissie/Deutsche Bahn*, zie Europese Commissie, *Press Release. Antitrust: Commission accepts legally binding commitments from Deutsche Bahn concerning pricing of traction current in Germany*, 18 december 2013, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-1289_en.htm).

20. S. Voet, 'Samen sterk: Belgische consumenten class action is een feit', *DCCR*

105/2014, p. 5.

21. MvT Wetsvoorstel, p. 8-9 en de voorgestelde leden 2 en 3 van art. 3:305a BW.

22. <http://stichtingservice.nl/wp-content/uploads/2014/07/claimcode-voor-claimstichtingen.pdf>. Zie ook J.H. Lemstra & R.W. Okhuijsen, 'Consultatiedocument "Zelfregulering claimstichtingen"', *FR* 2010, afl. 6, p. 158-163.

23. E. Bauw & T. van der Linden, "'Schone slaapsters". Pleidooi voor een actievere rol van toezichthouders bij collectief schadeverhaal', *NJB* 2016/1652, afl. 32, p. 2311; en E. Bauw & T. van der Linden, 'Claimorganisaties tussen wildgroei en regulering', *Tijd-*

schrift voor Ondernemingsrechtpraktijk 2016, afl. 7, p. 26-33.

24. Hoewel er de laatste tijd sprake lijkt te zijn van een kentering. Zie Rb. Oost-Brabant 29 juni 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:3383 en Rb. Amsterdam 30 november 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:7841 (zie in het bijzonder r.o. 5.17). Zie eerder Rb. Noord-Nederland 2 september 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:4185.

25. MvT Wetsvoorstel, p. 20 en p. 22-24.

Memorie van Toelichting meermaals wordt gerefereerd,²⁶ dat dit niet veralgemeend mag worden.²⁷ Centraal in het onderzoek staat de vraag in hoeverre commerciële motieven hebben geleid tot een wijziging in het aantal collectieve acties en lichtzinnige claims. Op basis van een jurisprudentieonderzoek van ongeveer 400 uitspraken in collectieve acties, aangevuld met publiek toegankelijke informatie, komt Tillema in essentie tot twee conclusies. De eerste is dat het aantal collectieve acties in de loop der jaren is gestegen.²⁸ De grootste stijging betreft acties ingesteld door belangenbehartigers die private belangen van zwakkere (bijvoorbeeld consumenten, huurders en werknemers)²⁹ en commerciële (bijvoorbeeld verhuurders, branches en werkgevers)³⁰ partijen beschermen. Het aantal acties ingesteld door belangenbehartigers die publieke of private belangen behartigen, maar daarnaast ook een eigen belang nastreven (door middel van een resultaatafhankelijke beloning)³¹ stijgt gestaag. Die laatste blijven echter ruim onder het aantal acties ingesteld door private belangenorganisaties. Tillema concludeert in dat opzicht dan ook dat niet zonder meer kan worden gezegd dat de toename van collectieve acties te wijten is aan commerciële belangenbehartigers. De tweede conclusie uit het onderzoek is dat de these dat commerciële belangenbehartigers verantwoordelijk zijn voor het aanwakkeren of versterken van een claimcultuur, in de zin van een toename van het aantal lichtzinnige vorderingen, vooralsnog geen merites heeft.³²

In het licht van dit alles rijst de vraag of de verscherpte ontvankelijkheidseisen voor belangenorganisaties die een collectieve actie willen instellen, geen averechts effect zullen hebben en geen 'catch 22' probleem in de hand zullen werken?³³ Zal dit niet leiden tot een handhavingstekort waardoor de effectieve en efficiënte handhaving van de rechten van massaschade slachtoffers op de helling komt te staan? Zal het instellen van collectieve (schadevergoedings)acties niet uitsluitend gaan afhangen van de financiële bereidheid en mogelijkheden van een beperkt aantal spelers? Hoe groot zal die bereidheid zijn in het (weliswaar gematigde) Nederlandse 'loser pays' systeem? Daarbij moet worden opgemerkt dat het wetsvoorstel niet voorziet in bijzondere regels met betrekking tot de financiering van collectieve (schadevergoedings)acties (door derden) om die bereidheid te doen toenemen. Ter zake wordt welbewust een afwachtende houding aangenomen.³⁴ In België kan de vordering tot collectief herstel enkel worden ingesteld door een groepsvertegenwoordiger die aan de wettelijke ontvankelijkheidseisen voldoet en door de rechter geschikt wordt bevonden.³⁵ Uitsluitend consumentenverenigingen en erkende non-profitverenigingen waarvan het maatschappelijk doel in rechtstreeks verband staat met de geleden collectieve schade komen in aanmerking. Voorspeld werd dat deze procedure *de facto* enkel zou worden aangewend door de grootste Belgische consumentenvereniging, de vzw Test-Aankoop.³⁶ De praktijk lijkt dit te bevestigen.³⁷ Een dergelijke monopolisering van de procesmarkt is uit oogpunt van effectieve en efficiënte rechtshandhaving geen goede zaak. Tot op heden heeft bijvoorbeeld een organisatie als de Consumentenbond – die zonder twijfel voldoet aan de eisen van de nieuwe wetgeving – zich niet heel actief opgesteld in collectieve acties. Dat is begrijpelijk, procederen kost veel

geld en het is de vraag of de leden vinden dat de contributie die zij betalen hiervoor moet worden aangewend. Wij zien geen dwingende reden waarom dit onder de nieuwe wetgeving zal veranderen.³⁸ Zal de Consumentenbond zich geroepen voelen om zich in te zetten voor de afwikkeling van claims tegen de Staatsloterij?

Zal de Consumentenbond zich geroepen voelen om zich in te zetten voor de afwikkeling van claims tegen de Staatsloterij?

Aan de andere kant, en dit is de tweede kanttekening, laat het voorgestelde lid 6 van artikel 3:305a BW een uitzondering toe op voormelde ontvankelijkheidseisen. Het lid bepaalt dat de rechter een rechtspersoon ontvankelijk kan verklaren, zonder dat aan de vereisten van de leden 2, 3 en 5 hoeft te zijn voldaan, wanneer de rechtsvordering wordt ingesteld met een ideëel doel en een zeer beperkt financieel belang of wanneer de aard van de vordering van de rechtspersoon of van de benadeelde personen daartoe aanleiding geeft. Op het eerste gezicht lijken de (traditionele) collectieve acties onder dit uitzonderingsstelsel te vallen. In veel gevallen hebben zij immers een ideëel doel voor ogen. Volgens de memorie van toelichting is dit niet per se het geval.³⁹ In de memorie wordt het begrip 'ideëel doel' overigens niet omschreven of toegelicht.⁴⁰ De rechter zal dit op discretionaire wijze moeten invullen, wat mogelijk aanleiding kan geven tot rechtsonzekerheid. Streeft bijvoorbeeld een vereniging als Q-uestion, een stichting voor mensen met Q-koorts, een ideëel doel na als zij een verklaring voor recht vordert? De erkenning die een dergelijk vonnis zou inhouden kan helpen bij het verwerken van het leed, maar op de achtergrond speelt wel degelijk een (substantieel) financieel belang. Vragen als deze worden met slechts een summier toelichting op het bordje van de rechter gelegd. Nu hebben wij alle vrouwen in de rechter, maar het verdient aanbeveling hem meer richting mee te geven dan in de toelichting gebeurt. Wat ons betreft zou die richting moeten zijn, dat organisaties die opkomen voor algemene belangen als milieu en (volks)gezondheid door het wetsvoorstel niet onnodig worden belemmerd in hun collectieve-actiemogelijkheden.

4. De Exclusieve Belangenbehartiger

Centraal in de nieuwe collectieve vorderingsprocedure staat de Exclusieve Belangenbehartiger. Elke belangenorganisatie die meent te voldoen aan de ontvankelijkheidseisen van artikel 3:305a BW kan bij de (in deze zaken exclusief bevoegde)⁴¹ Rechtbank Amsterdam een collectieve vordering instellen. Op straffe van niet-ontvankelijkheid moet zij binnen twee dagen na indiening van de procesinleiding daarvan aantekening maken in het centraal register voor collectieve acties.⁴² Op dat ogenblik begint

een termijn van drie maanden te lopen om andere belangenorganisaties in de gelegenheid te stellen om evenzeer een collectieve vordering in te stellen voor dezelfde gebeurtenis over soortgelijke feitelijke en rechtsvragen.⁴³

Daarna vangt een essentiële fase in de procedure aan: de aanwijzing van een Exclusieve Belangenbehartiger. Het voorgestelde artikel 1018e lid 1 Rv bepaalt dat de rechter uit de belangenbehartigers die een collectieve vordering hebben ingesteld én voldoen aan de ontvankelijkheidseisen van artikel 3:305a BW de meest geschikte eiser als Exclusieve Belangenbehartiger aanwijst. De wet reikt een aantal 'handvaten'⁴⁴ aan op grond waarvan de rechter dat moet doen: a. de omvang van de groep personen voor wie de eiser opkomt; b. de grootte van het door deze groep vertegenwoordigde financiële belang; c. andere werkzaamheden die de eiser verricht voor de personen voor wie hij opkomt in of buiten rechte en d. eerder door de eiser verrichte werkzaamheden of ingestelde collectieve vorderingen. Tegen deze uitspraak staat geen rechtsmiddel open. Het derde lid bepaalt dat de eiser die als Exclusieve Belangenbehartiger wordt aangewezen, in deze procedure optreedt voor de belangen van alle benadeelden en als vertegenwoordiger van de niet als Exclusieve Belangenbehartiger aangewezen eisers. De niet als Exclusieve Belangenbehartiger aangewezen eisers blijven echter partij in de procedure. Het vierde lid bepaalt dat als de aard van de collectieve vordering of van de eisers of de belangen van de personen voor wie zij opkomen daartoe aanleiding geven, de rechter ervoor kan kiezen om verschillende Exclusieve Belangenbehartigers aan te wijzen.

Het idee van een Exclusieve Belangenbehartiger als 'lead plaintiff' naar Amerikaans model kan worden bijgevalen.⁴⁵ Het laat toe dat de belangen van de afwezige benadeelden op de meest effectieve en efficiënte wijze worden afdwongen door de meest geschikte groepsvertegenwoordiger. Een dergelijk model vermijdt ook een 'race to the courthouse'. Daarenboven is de Exclusieve

Belangenbehartiger het enige aanspreekpunt voor de verweerder in het licht van een eventuele collectieve schikking.⁴⁶

Evenwel past bij dit model, zoals uitgetekend in het wetsvoorstel, een aantal kanttekeningen. Op basis van voorgesteld art. 1018d lid Rv kunnen andere belangenorganisaties, binnen een termijn van drie maanden, evenzeer een collectieve vordering instellen voor dezelfde gebeurtenis over soortgelijke feitelijke en rechtsvragen. Het lijkt vreemd en proces-oneconomisch dat zij een nieuwe en eigen procedure moeten initiëren. De vraag rijst waarom zij niet gewoon kunnen tussenkomen in de eerst opgestarte procedure.⁴⁷ De periode tot tussenkomst kan beperkt worden tot dezelfde termijn van drie maanden.

Wanneer zich verschillende belangenbehartigers aanmelden, zal de rechter de meest geschikte kiezen. Zij die uit de boot vallen, blijven procespartij. Zij kunnen echter, in principe, geen proceshandelingen verrichten. Dit behoort toe aan de Exclusieve Belangenbehartiger. Dat de niet-aangewezen belangenbehartigers procespartij blijven, is te verantwoorden in het licht van artikel 6 EVRM en het daarin neergelegde recht op hoor en wederhoor en het recht op een eerlijke procesgang.⁴⁸ Het laat ook toe dat zij de Exclusieve Belangenbehartiger kunnen monitoren, en in voorkomend geval kunnen bijsturen, zodat die de belangen van de afwezige benadeelden op de meest effectieve en efficiënte wijze afdwingt, onder meer in het kader van een collectieve schikking. Het is echter niet ondenkbeeldig dat die belangenorganisaties in de weg gaan lopen bij de totstandkoming van een dergelijke schikking. Dit kan zowel de Exclusieve Belangenbehartiger, als enige spreekbuis voor de benadeelden, als de verweerder hinderen. Diezelfde bedenking geldt, en misschien nog meer, voor het geval waarin de rechtbank co- of sub-Exclusieve Belangenbehartigers kan aanduiden.⁴⁹ Hun statuut, rol en relatie ten opzichte van de Exclusieve Belangenbehartiger is zeer ambigu en vaag. Het wetsvoorstel verschaft hierover geen duidelijkheid.

26. MvT Wetsvoorstel, p. 7 en p. 19-20.

27. I. Tillema, 'Commerciële motieven in privaatrechtelijke collectieve acties: olie op het vuur van de claimcultuur?', AA 2016, p. 337-346.

28. *Ibid.*, p. 342-343 (onderdeel 4.3).

29. Bijv. Consumentenbond en FNV.

30. Bijv. Fair Huur en ANVR.

31. Bijv. Woekerpolis.nl, Volkswagenaudi-claim.nl en Loterijverlies.nl.

32. I. Tillema, 'Commerciële motieven in privaatrechtelijke collectieve acties: olie op het vuur van de claimcultuur?', AA 2016, p. 343-346 (onderdeel 4.4). Ze analyseert dit vanuit drie invalshoeken: de ontvankelijkheid van de belangenbehartiger, de toekenning of afwijzing van de vordering en het eventueel ongewenst procesgedrag of misbruik van procesrecht.

33. R. Money-Kyrle & C. Hodges, 'European Collective Action: Towards Coherence?', *MJ* 2012/19, afl. 4, p. 477-504 ('weak

or superfluous safeguards will not prevent abusive litigation; overly restrictive safeguards will create insurmountable barriers to justice', *ibid.*, p. 479).

34. MvT Wetsvoorstel, p. 13 ('Daarom heeft de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie bepaald dat het experiment inzake de resultaatgerichte beloning voor de advocaten dat momenteel wordt uitgevoerd ten aanzien van letsel- en overlijdensschadezaken voorlopig beperkt blijft tot individuele afspraken tussen een cliënt en zijn advocaat, totdat meer duidelijkheid bestaat of *Third Party Litigation Funding* in Nederland een grote vlucht zal nemen en welke effecten er dientengevolge zijn op de relatie tussen cliënt en advocaat').

35. Art. XVII.36, 2° Wetboek Economisch Recht.

36. S. Voet & B. Allemeersch, 'De rechtsvordering tot collectief herstel: een Belgische class action voor consumenten', *RW* 2014-

2015, afl. 17, p. 648.

37. Tot december 2016 zijn er vijf procedures geïnitieerd, allemaal door de vzw Test-Aankoop.

38. In zijn antwoord op de Kamervragen die zijn gesteld naar aanleiding van de in noot 22 genoemde NJB publicatie meldt de minister dat hij ervan is overtuigd 'partijen als de Consumentenbond actief in een collectieve actie zullen opkomen. Waar hij deze overtuiging op baseert, is niet duidelijk. Zie *Aanhansel Handelingen II* 2016/17, 2016Z18559.

39. MvT Wetsvoorstel, p. 33-34.

40. Volgens Van Dale betekent ideeël 'gericht op de verwezenlijking van een idee of een ideaal'.

41. Voorgesteld art. 1018b lid 3 Rv. Zie ook voorgesteld art. 1018e lid 2 Rv. op grond waarvan de Rechtbank Amsterdam de mogelijkheid heeft om de zaak te verwijzen naar een ander gerecht, wanneer het lokale

of regionale karakter van de collectieve vordering daartoe aanleiding geeft.

42. Voorgesteld art. 1018c lid 2 Rv. Voorgesteld art. 3:305a lid 7 BW richt een centraal register voor collectieve vorderingen op.

43. Voorgesteld art. 1018d lid Rv. Deze termijn kan door de rechter met maximaal drie maanden worden verlengd (art. 1018d lid 2 Rv).

44. MvT Wetsvoorstel, p. 49.

45. MvT Wetsvoorstel, p. 10. Het 'lead plaintiff' model bestaat daar onder meer in het kader van class actions onder de PSLRA (Private Securities Litigation Reform Act) (15 USCA § 78u-4(a)(3)(B)(iii)(I)(bb)).

46. MvT Wetsvoorstel, p. 49.

47. Zie art. 217-219a Rv.

48. MvT Wetsvoorstel, p. 51.

49. Voorgesteld art. 1018e lid 4 Rv.

De wet reikt een aantal criteria aan op grond waarvan de rechter een Exclusieve Belangenbehartiger zal aanduiden.⁵⁰ 'De omvang van de groep personen voor wie de eiser opkomt' en 'de grootte van het door deze groep vertegenwoordigde financiële belang' kunnen misbruik in de hand werken. Om op grond van die twee criteria in aanmerking te kunnen komen als Exclusieve Belangenbehartiger bestaat het gevaar dat belangenorganisaties er alles aan zullen doen om zoveel mogelijk gedupeerden, met het grootste financiële belang, aan zich te binden. Via deze criteria zouden de praktijken van bepaalde claimstichtingen, die het wetsvoorstel nu juist de wereld uit wil helpen, alsnog hun intrede kunnen doen. Wanneer zich in het kader van de Belgische vordering tot collectief herstel verschillende potentiële groepsvertegenwoordigers aanbieden, zal de rechter op grond van één algemeen en objectief criterium de enige groepsvertegenwoordiger aanwijzen, met name de geschiktheid.⁵¹

Tegen de uitspraak tot aanwijzing van een Exclusieve Belangenbehartiger staat geen rechtsmiddel open.⁵² Hoewel niet geëxpliciteerd in de memorie van toelichting is dit ongetwijfeld ingegeven door de wens om de efficiëntie en snelheid van de procedure te bevorderen. Het is echter evident dat de belangenorganisatie die niet als Exclusieve Belangenbehartiger wordt aangewezen daardoor ernstig in haar belangen wordt geschaad. De vraag rijst of de efficiënte en snelle afwikkeling van de collectieve procedure hiertegen opweegt en het ontzetten van een rechtsmiddel voldoende verantwoordt.

5. Opt out ná aanwijzing van de Exclusieve Belangenbehartiger

Nadat de Exclusieve Belangenbehartiger door de rechter is aangewezen, volgt een tweede cruciale fase in de procedure. De voorgestelde collectieve vordering is een vertegenwoordigende collectieve vordering, in die zin dat de rechten van de gedupeerden op bindende wijze worden afgedwongen in één procedure zonder dat zij daarbij als procespartij optreden.⁵³ In tegenstelling tot onder het

Via deze criteria zouden de praktijken van bepaalde claimstichtingen, die het wetsvoorstel juist de wereld uit wil helpen, alsnog hun intrede kunnen doen

oude regime van artikel 3:305a BW zou dit voortaan ook gelden voor de collectieve actie.⁵⁴ De gedupeerden moeten echter de mogelijkheid krijgen om zich aan die bindende werking te onttrekken.⁵⁵ In het wetsvoorstel wordt gekozen voor een *opt-out* systeem, wat inhoudt dat enkel gedupeerden die tot de groep behoren waarop de collectieve

vordering betrekking heeft en die op uitdrukkelijke wijze afstand hebben genomen van de procedure, niet gebonden zullen zijn door het gezag van gewijsde van de uitspraak waartoe de collectieve vordering aanleiding zal geven. Zij behouden het recht om een individuele procedure te initiëren. De groepsleden die dit niet hebben gedaan, zijn wel gebonden aan het gezag van gewijsde.⁵⁶

In het wetsvoorstel wordt één *opt-out*ronde voorzien nadat de Exclusieve Belangenbehartiger door de rechter is aangewezen. Het voorgestelde artikel 1018f lid 1 Rv bepaalt dat de procedure over een collectieve vordering geen gevolg heeft voor en niet leidt tot gebondenheid van personen behorend tot de nauw omschreven groep personen wier belangen in deze collectieve vordering worden behartigd indien zij binnen een door de rechter te bepalen termijn van ten minste een maand na de aankondiging van de uitspraak door een schriftelijke mededeling aan de griffie hebben laten weten zich van de behartiging van hun belangen in deze collectieve vordering te willen bevrijden ('*opt-out*verklaring').⁵⁷ Het tweede lid van hetzelfde artikel voorziet in een aantal kennisgevingskanalen van de uitspraak waarbij de Exclusieve Belangenbehartiger wordt aangewezen: inzage ter griffie, aantekening in het centraal register voor collectieve vorderingen en bekendmaking via het internet. Het derde lid voorziet dat de gedupeerden die bekend zijn bij gewone brief worden ingelicht door de Exclusieve Belangenbehartiger van zijn aanwijzing door de rechter. Er wordt ook een aankondiging gedaan in een of meer door de rechter aan te wijzen nieuwsbladen. In al deze gevallen vermeldt de rechter de wijze waarop gedupeerden kunnen overgaan tot een *opt out*.⁵⁸

De keuze voor een *opt out* systeem kan worden bijgevalen.⁵⁹ Het is het enige werkbaar systeem in gevallen van strooischade, waar gedupeerden wegens rationele desinteresse in principe niets zullen ondernemen. Ook voor substantiële massaschade is een *opt out* model meer aangewezen en dit omwille van proceseconomische redenen. Het is procesoneconomisch (want omslachtig, duur en tijdrovend) en ook zinloos om te verlangen dat alle groepsleden hun individuele vordering, via een *opt in* systeem, kenbaar maken. Daarenboven speelt een *opt out* systeem ook in het voordeel van verweerders (in de meeste gevallen ondernemingen) omdat onder zo een systeem de groep gebonden gedupeerden het grootst is en op die manier gemakkelijker algehele finaliteit kan worden bereikt in geval van een collectieve schikking of een beslissing ten gronde.⁶⁰

Het voorgestelde systeem bevat echter een niet onbelangrijk knelpunt.⁶¹ De gedupeerden kunnen slechts eenmaal hun (*opt out*) keuze maken en dit na aanwijzing van de Exclusieve Belangenbehartiger door de rechter.⁶² Het uitoefenen van dit keuzerecht is onherroepelijk, zodat een terugtrekking achteraf (bijvoorbeeld na een gehomologeerde collectieve schikking of een beslissing ten gronde) onmogelijk is. Dit bevordert de werkbaarheid van de procedure, omdat de omvang van de groep al in een vroeg stadium bekend is. Dit werkt het bereiken van een collectieve schikking in de hand. Voor de gedupeerde is het echter alles of niets. Zijn keuze na de beslissing tot aanwijzing van de Exclusieve Belangenbehartiger is beslissend voor de rest van de procedure. Indien naderhand een col-

lectieve schikking of een beslissing ten gronde tussenkomt waarmee hij het niet eens is, kan hij niet meer op zijn eerdere beslissing terugkomen. Het valt te betreuren dat de rechter niet beschikt over de discretionaire mogelijkheid om in een later stadium van de procedure, bijvoorbeeld na de totstandkoming van een collectieve schikking, en in het licht van de concrete omstandigheden van de zaak, een tweede *opt-out*ronde te bevelen.

6. Ter afronding

Er is veel positiefs over het wetsvoorstel te melden. Een vordering tot schadevergoeding in een collectieve actie wordt mogelijk gemaakt waardoor door consumenten of beleggers geleden massaschade sneller tot afwikkeling kan komen. Momenteel is men daarvoor teveel afhankelijk van de medewerking van de aansprakelijke wederpartij. Verder wordt de wildgroei onder claimstichtingen, die ten koste kan gaan van de belangen van benadeelden, aan banden gelegd. Er komen meer waarborgen dat dergelijke organisaties netjes wordt bestuurd. De toestanden zoals die rond de Stichting Loterijverlies⁶³ zullen tot het verleden gaan behoren.

Toch vrezen wij dat het wetsvoorstel op een aantal punten in de praktijk niet goed zal uitpakken. De voornaamste zorg is dat het wapen van de collectieve actie bij de civiele rechter, dat in de afgelopen decennia een belangrijke rol heeft gespeeld bij het via het privaatrecht opkomen voor algemene en groepsbelangen, zijn scherpere zal verliezen of in sommige gevallen in het geheel niet meer beschikbaar zal zijn. Tegelijk met de introductie van een *class action* wordt de collectieve actie zodanig aan voorwaarden en beperkingen onderworpen dat het de vraag is of het bureaucratische stelsel dat hiermee wordt gecreëerd nog wel voldoende levensvatbaarheid zal hebben. Verwordt de stok achter de deur niet tot een keurslijf? Het dreigt ten koste te gaan van zowel de handhaving van rechten van consumenten en beleggers als het opkomen voor milieu- en gezondheidsbelangen. Waar het gaat om het eerste dreigt door de strenge voorwaarden voor toelating bovendien een handhavingstekort. Het wets-

voorstel leidt tot een monopolisering van de procesmarkt door een beperkt aantal organisaties (vooral verenigingen) die aan de aangescherpte voorwaarden voldoen, maar zich niet in alle gevallen geroepen zullen voelen om tot actie over te gaan. Dat ligt ook in de rede. De kosten en financiële risico's verbonden aan een class action zijn groot en het instellen daarvan zullen zij ten opzichte van hun leden moeten verantwoorden. De ervaring met de Belgische wetgeving laat zien dat het een reëel risico is dat er maar weinig van het nieuwe instrument gebruik zal worden gemaakt. Wij pleiten er daarom voor de regeling van het wetsvoorstel aan te vullen met maatregelen die dit gat in de handhaving van rechten van vooral consumenten kunnen dichten, zoals het inzetten van vormen van *consumer alternative dispute resolution* (CDR) en een actievere opstelling van toezichthouders door middel van *regulatory redress*.

Er is een reëel risico dat er maar weinig van het nieuwe instrument gebruik zal worden gemaakt

Waar het gaat om organisaties die opkomen voor algemene belangen, zoals het klimaat, schone lucht of volksgezondheid, pleiten wij ervoor dat de wetgever duidelijker de intentie uitspreekt dat niet wordt beoogd de toegang tot collectieve acties van organisaties die actief zijn op dit gebied te bemoeilijken. Tot slot, zouden de beroepsmogelijkheden van belangenorganisaties die niet als Exclusieve Belangenbehartiger worden aangewezen en de *opt-out*regeling kritisch tegen het licht moeten worden gehouden. •

50. Voorgesteld art. 1018e lid 1 Rv.

51. Art. XVII.36, 2° Wetboek Economisch Recht ('(...) een rechtsvordering tot collectief herstel [is] ontvankelijk indien (...) de rechtsvordering wordt ingesteld door een verzoeker die voldoet aan de vereisten bedoeld in artikel XVII.39 en door de rechter geschikt wordt bevonden' (eigen cursivering)). Zie hierover S. Voet, *Een Belgische vertegenwoordigende collectieve rechtsvordering* 2012 p. 165.

52. Laatste zin van voorgesteld art. 1018e lid 1 Rv.

53. S. Voet, *Een Belgische vertegenwoordigende collectieve rechtsvordering* 2012, p. 13.

54. MvT Wetsvoorstel, p. 17.

55. MvT Wetsvoorstel, p. 54.

56. S. Voet, *Een Belgische vertegenwoordigende collectieve rechtsvordering* 2012, p. 267.

57. Een opmerkelijke bepaling is terug te vinden in de laatste zin van het voorgestelde art. 1018f lid 1 Rv: 'is het aantal personen, dat zich ingevolge dit artikel van de behartiging van hun belangen in de collectieve vordering heeft bevrijd, te groot om de voortzetting van de procedure te rechtvaardigen, dan kan de rechter beslissen dat deze niet wordt voortgezet'.

58. De *opt out* regeling geldt ook voor gedupeerden die geen woon- of verblijfplaats in Nederland hebben. Art. 1018f lid 3 Rv bepaalt te dien einde het volgende:

'indien er personen tot de nauw omschreven groep personen behoren wier belangen de Exclusieve Belangenbehartiger in deze collectieve vordering behartigt, die geen woonplaats of verblijf in Nederland hebben en een voor Nederland bindende internationale of Unie-regeling niet een wijze van aankondiging voorschrijft, gelast de rechter aankondiging op een door hem te bepalen wijze ten behoeve van deze personen, zo nodig in een of meer andere talen dan de Nederlandse taal'.

59. S. Voet, *Een Belgische vertegenwoordigende collectieve rechtsvordering*, 2012, p. 278.

60. MvT Wetsvoorstel, p. 10.

61. Een van de auteurs van deze bijdrage

heeft de opmerking hierna ook geformuleerd in het kader van de Belgische wet tot invoering van de rechtsvordering tot collectief herstel. In België moet de gedupeerde zijn *opt out* (of *opt in*) keuze maken ná de ontvankelijkheidsbeslissing. Zoals in Nederland is die keuze eenmalig en onherroepelijk. Zie S. Voet & B. Allemeersch, 'De rechtsvordering tot collectief herstel: een Belgische *class action* voor consumenten', *RW* 2014-2015, afl. 17, p. 651.

62. Dit wijkt af van de WCAM waar na de homologatie van de collectieve schikking een *opt out* ronde wordt voorzien (zie MvT Wetsvoorstel, p. 11).

63. Rb. Noord Holland 30 juni 2016, ECLI:NL:RBNO:2016:5331.